

**University of Groningen**

## **Jurisprudentie internationaal en Europees socialezekerheidsrecht**

Vonk, G.J.

*Published in:*  
 Sociaal Maandblad Arbeid

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2003

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Vonk, G. J. (2003). Jurisprudentie internationaal en Europees socialezekerheidsrecht. *Sociaal Maandblad Arbeid*, (11).

### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

Auteurs: Prof. dr. G.J. Vonk, mevr. mr. drs. M. van Everdingen en mevr. mr. drs. M. Ydema-Gutjahr

## **Jurisprudentie internationaal en Europees socialezekerheidsrecht**

**Deze rubriek internationaal en Europees socialezekerheidsrecht bestrijkt de periode van 1 september 2002 tot 1 september 2003. Er is een selectie gemaakt van de belangrijkste uitspraken van het EG Hof van Justitie en nationale jurisprudentie. Van de zijde van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens valt deze keer geen nieuws te melden. De rubriek is onderverdeeld in vier thema's. In het kader van het eerste thema over het *Europese burgerschap* wordt een enkele zaak van het EG Hof van Justitie besproken. Het tweede thema over *moeder en kind* brengt zeven uitspraken bijeen die gemeenschappelijk hebben dat ze betrekking hebben op sociale rechten uit hoofde van het ouderschap. Aan de orde komen onder meer kinderopvang, ouderschapsverlof, en bevallings- en zwangerschapverlof; alle onderwerpen die in meerdere of mindere mate met het socialezekerheidstelsel verwant zijn. In het kader van derde thema dat handelt over *grensoverschrijdende zorg* worden vier uitspraken van het Hof van Justitie behandeld. Onder de noemer *Nederlandse jurisprudentie* worden ten slotte de interessantste uitspraken van nationale bodem behandeld.**

### **1. Sociale zekerheidsrechten van de Europese burger**

Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit en burgers van de Unie genieten de rechten en zijn onderworpen aan de plichten die bij het Verdrag zijn vastgesteld, aldus valt te lezen in art. 17 EG. Deze bepaling die in 1992 bij van het Verdrag van Maastricht aan het EG-Verdrag toegevoegd, heeft in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een grote vlucht genomen. Regelmatig komt het voor dat de notie van het burgerschap van stal wordt gehaald ter aanvulling van bepalingen van secundair gemeenschapsrecht die in het kader van het vrije personenverkeer tot stand zijn gekomen, met name in situaties die voor betrokkene naar het oordeel van het Hof geen bevredigend resultaat opleveren. Maar belangrijker nog is dat het Europese burgerschap wordt aangegrepen om rechten te creëren voor economisch niet-actieven die niet binnen de werkingssfeer van de Verdragsbepalingen van het vrije personenverkeer vallen. Studenten vormen hierbij een belangrijke groep. Voor studenten is in een afzonderlijke richtlijn weliswaar een recht op verblijf in andere lidstaten geregeld, maar voor het overige is het verdragsregime inzake het vrije verkeer niet op hen van toepassing.<sup>1</sup> In de zaak *D'Hoop* ging om de vraag of de notie van het burgerschap eraan in de weg staat om aan een student een Belgische wachttuitkering voor schoolverlaters te weigeren.

In België hebben jongeren die pas hun studie hebben voltooid en op zoek zijn naar hun eerste baan, recht op een wachttuitkering. Volgens de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (RVA) kwam de Belgische Marie-Nathalie D'Hoop hier echter niet voor in aanmerking, omdat zij niet voldoet aan de wettelijke voorwaarde dat het middelbare onderwijs aan een onderwijsinstelling in eigen land moet zijn voltooid. D'Hoop heeft namelijk haar middelbare school in 1991 in Frankrijk voltooid. Daarna heeft zij tot 1995 universitaire studies in België gevolgd. Naar aanleiding van deze casus stelt de Arbeidsrechtbank te Luik aan het Hof de vraag of het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet dat een lidstaat een eigen onderdaan op zoek naar zijn eerste dienstbetrekking de toekenning kan weigeren van het recht op een

wachttuitkering op de uitsluitende grond dat deze onderdaan zijn middelbare schoolopleiding in een andere lidstaat heeft voltooid.

Bij de beantwoording van deze vraag beoordeelt het Hof eerst op welke bepalingen van het gemeenschapsrecht D'Hoop zich kan beroepen. D'Hoop kan zich niet beroepen op art. 39 EG-Verdrag. Uit het eerdere arrest *Commissie/België* volgde namelijk dat voor de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake het vrije verkeer van werknemers in het kader van een nationale regeling die verband houdt met de werkloosheidsverzekering, vereist is dat degene die een beroep doet op het gemeenschapsrecht, reeds tot de arbeidsmarkt is toegetreden.<sup>2</sup> Dat is per definitie niet het geval bij jongeren die een eerste dienstbetrekking zoeken. D'Hoop kan zich ook niet beroepen op de afgeleide rechten die Verordening EG 1612/68 (Vo. 1612/68) aan familieleden van migrerende werknemers toekent. Haar ouders zijn namelijk in België gebleven toen zij in Frankrijk haar middelbare schoolopleiding volgde en voltooide. D'Hoop valt echter wel onder de personele werkingssfeer van het EG-Verdrag betreffende het burgerschap. Omdat D'Hoop de nationaliteit van een lidstaat heeft, is zij burger van de Europese Unie. Het Hof verwijst naar het arrest *Grzelczyk* waaruit volgt dat de hoedanigheid van burger van de Unie aan de onderdanen die zich in dezelfde situatie bevinden, ongeacht hun nationaliteit en onverminderd de uitdrukkelijk vastgestelde uitzonderingen, aanspraak op gelijke behandeling rechtens verleent.<sup>3</sup> Het zou daarom in strijd met het beginsel van het vrije verkeer zijn indien de burger in de lidstaat waarvan hij onderdaan is, minder gunstig kon worden behandeld dan wanneer hij geen gebruik zou hebben gemaakt van de door het Verdrag verleende rechten inzake vrij verkeer. Het Hof stelt vervolgens vast dat de Belgische regeling tot een verschillende behandeling leidt van Belgische onderdanen die hun volledige middelbare studie in België hebben verricht, en Belgische onderdanen die met gebruikmaking van hun recht van vrij verkeer hun middelbare schooldiploma in een andere lidstaat hebben behaald. Door aan de toekenning van de wachttuitkeringen de voorwaarde te verbinden dat het vereiste diploma in België is behaald, benadeelt de nationale regeling bepaalde nationale onderdanen op de uitsluitende grond dat zij hun recht van vrij verkeer hebben uitgeoefend om in een andere lidstaat te studeren. Een dergelijke behandeling is in strijd met de beginselen die aan de hoedanigheid van burger van de Unie ten grondslag liggen, met name de garantie dat de burgers bij de uitoefening van hun recht van vrij verkeer rechtens gelijk worden behandeld.

Voor degenen die uitkijken naar de realisatie van het ideaal van het Europese burgerschap dat zich niet laat storen tot economisch gemotiveerde grenzen, is *D'Hoop* een belangrijke stap voorwaarts. Het is ook interessant om te zien dat Hof er geen enkele moeite mee heeft de bescherming van het burgerschap te laten uitstrekken tot onderdanen die in de eigen lidstaat een beroep doen op een sociaal voordeel. Bij de toepassing van het discriminatieverbod naar nationaliteit is doorslaggevend of een persoon benadeeld wordt als gevolg van het feit dat hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer. Deze trend was overigens al eerder ingezet in de jurisprudentie.<sup>4</sup> Toch lijkt het ons niet terecht om op grond van *D'Hoop* te concluderen dat wat betreft de voor toegang tot het communautaire discriminatieverbod (en alles wat daarvan is afgeleid) de economische grenzen van het vrij personenverkeer in het geheel geen rol meer spelen. De jurisprudentie van het Hof met betrekking tot art. 17 EG heeft weliswaar een expansief, maar ook een grillig karakter. Het is niet uit te sluiten dat bij een volgende uitspraak zoals vanouds consequenties verbonden worden aan het feit dat de betrokkene die het communautaire discriminatieverbod inroept, geen begunstigde is van het verdragsregime inzake het vrije personenverkeer.<sup>5</sup>

*HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-224/98 (Marie-Nathalie D'Hoop/Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening)*

## 2. Moeder en kind

### **Vo. 1408/71; kinderopvang als socialezekerheidsprestatie**

Overeenkomstig de Wet inzake de kinderopvang hebben in Finland alle ouders recht op een plaats in de gemeentelijke crèche vanaf het moment dat er geen recht op uitbetaling van de ouderschapsuitkering meer bestaat, totdat het kind leerplichtig is. Ouders die niet voor plaatsing in een crèche kiezen hebben recht op een uitkering op grond van de Wet inzake de uitkering voor kinderopvang thuis. Mevrouw Maaheimo is zo'n ouder. Haar uitkering is echter ingetrokken toen zij met haar kinderen naar Duitsland vertrok. Vanwege de detachering van haar man in Duitsland bleef het Finse socialezekerheidsrecht op haar van toepassing. Omdat de Wet inzake de uitkering voor kinderopvang thuis een wooneis kent, kon de uitkering echter niet worden geëxporteerd naar Duitsland. Het Hof van Justitie wordt gevraagd of het stellen van deze wooneis is toegestaan. Voordat het Hof aan deze vraag kan toekomen, moet eerst worden bepaald of de uitkering voor kinderopvang thuis kan worden aangemerkt als een gezinsbijslag in de zin van art. 4 lid 1 onder h van Verordening EG 1408/71 (Vo. 1408/71). Ter beantwoording van deze vraag herhaalt het Hof zijn vaste jurisprudentie.<sup>6</sup> Hieruit volgt dat een uitkering alleen dan als een socialezekerheidsuitkering kan worden beschouwd, wanneer zij zonder individuele en discretionaire beoordeling van de persoonlijke behoeften aan de rechthebbenden wordt toegekend op grond van een wettelijk omschreven positie. De onderhavige uitkering voldoet aan deze voorwaarden. Vervolgens stelt het Hof vast dat de uitkering mede tot doel heeft de kosten van verzorging en opvoeding te compenseren en aldus de financiële lasten te verlichten. Deze nauwe band tussen de gezinslasten en de uitkering voor kinderopvang thuis brengt het Hof ertoe om de uitkering als een gezinsbijslag in de zin van art. 4 lid 1 onder h Vo. 1408/71 aan te merken.

Het antwoord op de vervolgvraag, is het stellen van een wooneis toegestaan, zal weinig verbazen. Het Hof verklaart art. 73 van de verordening van toepassing op de onderhavige situatie. Dit artikel beoogt te verhinderen dat een lidstaat de toekenning van een gezinsbijslag kan laten afhangen van de voorwaarde dat de gezinsleden van de werknemer in de uitkerende staat wonen, teneinde de communautaire werknemer niet ervan te weerhouden zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen. Het stellen van een wooneis is dus in strijd met het doel van dit artikel. Dat Maaheimo niet voor plaatsing in een gemeentelijke crèche kan kiezen doet volgens het Hof hier niet aan af. De Finse regering heeft immers zelf erkend dat het ouders vrijstaat om af te wisselen tussen plaatsing in een openbare crèche en ontvangst van de uitkering voor kinderopvang thuis.

Dit arrest is met name interessant omdat met het aanmerken van de uitkering voor kinderopvang thuis, wederom een uitkering is gevonden die als een gezinsbijslag in de zin van art. 4 van de verordening kan worden aangemerkt. De vraag doet zich voor of de tegemoetkoming in de kosten van kinderopvang die naar verwachting met ingang van 1 januari 2005 op grond van de Wet basisvoorziening kinderopvang kan worden toegekend, eveneens als gezinsbijslag kan worden aangemerkt.<sup>7</sup> Naar aanleiding van het onderhavige arrest is voor een bevestigend antwoord op deze vraag van belang dat er een nauwe band moet bestaan tussen de gezinslasten en de tegemoetkoming in de kosten van kinderopvang. Het belangrijkste doel van de Wet basisvoorziening kinderopvang is de combinatie van arbeid en zorg te vergemakkelijken en de toegankelijkheid van de kinderopvang te vergroten.<sup>8</sup> Uit de memorie van toelichting blijkt niet expliciet dat deze wet ook tot doel heeft de kosten van verzorging en opvoeding te compenseren. Echter, uit de grote nadruk die in de memorie van toelichting wordt gelegd op de financiële toegankelijkheid van kinderopvang, menen wij dat er ook hier sprake is van een nauwe band tussen de gezinslasten en de tegemoetkoming in de

kosten van kinderopvang. Dit zou dus betekenen dat ook de tegemoetkoming in het kader van de Wet basisvoorziening kinderopvang moet worden aangemerkt als een gezinsbijslag in de zin van de verordening.<sup>9</sup> Dit brengt vervolgens de vraag naar voren of de beperking van de personele werkingssfeer van deze wet tot ouders die in Nederland wonen of in Nederland arbeid verrichten, wel door de beugel kan.<sup>10</sup> Hierbij moet voorop worden gesteld dat deze omschrijving van de personele werkingssfeer gezien de aanwijsregels van de verordening (als gevolg waarvan in het algemeen of het socialezekerheidsstelsel van het werkland of het socialezekerheidsstelsel van het woonland van toepassing is) zelden tot problemen zal leiden. In bepaalde situaties kan de personele werkingssfeer echter als te beperkt worden opgevat. Neem bijvoorbeeld het (fictieve) geval van twee Nederlandse ouders die beiden in Duitsland worden gedetacheerd. In dat geval is de Nederlandse socialezekerheidswetgeving op hen van toepassing. Echter, indien zij in Duitsland gaan wonen, vallen ze niet onder de personele werkingssfeer van de Wet basisvoorziening kinderopvang en kunnen ze geen aanspraak maken op een tegemoetkoming.<sup>11</sup> Gelet op het onderhavige arrest zal een dergelijke personele werkingssfeer in strijd zijn met art. 73 van de verordening. Als gevolg hiervan moet de voorwaarde van het wonen of werken in Nederland in het geval van de twee gedetacheerde ouders alsnog vervuld worden geacht, waardoor zij, indien zij voldoen aan de overige voorwaarden, alsnog aanspraak kunnen maken op een tegemoetkoming in de kosten van de kinderopvang. Tot slot is nog vermeldenswaardig dat de Wet basisvoorziening kinderopvang niet vereist dat de kinderopvang in Nederland plaatsvindt. Ook een ouder die kinderopvang in een buitenlands kindercentrum heeft geregeld, kan in aanmerking komen voor de tegemoetkoming.<sup>12</sup>

*HvJ EG 7 november 2002, zaak C-333/00 (Eila Päivikki Maaheimo)*

### **Ouderschapsverlof en Richtlijn 80/987/EEG (bescherming werknemers bij insolventie werkgever)**

In dit arrest ging het om een vrouw, Mau, die met ingang van 30 december 1999 met ouderschapsverlof is gegaan. Volgens het Duitse recht blijft gedurende de periode van het ouderschapsverlof het recht op arbeidsverhouding bestaan, ook al is de verplichting tot het verrichten van arbeid en de betaling van loon opgeschort. Mau had echter al geruime tijd voor de ingang van het ouderschapsverlof geen loon meer ontvangen. Haar werkgever had haar loon vanaf 1 januari 1999 niet meer uitbetaald. Op 27 december 1999 is om inleiding van de insolventieprocedure van Mau's werkgever verzocht. De rechter heeft dit verzoek afgewezen wegens gebrek aan activa. Mau heeft vervolgens de Bundesanstalt für Arbeit verzocht om uitbetaling van de onvervulde loonaanspraken in de periode van 1 oktober tot en met 31 december 1999. In de procedure die naar aanleiding hiervan ontstond, heeft het Sozialgericht Leipzig een zestal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.

Het Hof leidt uit het dossier af dat er twee vraagstukken spelen. Het eerste vraagstuk betreft de berekening van de garantieperiode. Dit is de periode waarin de lidstaten de onvervulde loonaanspraken van de werknemers dienen te honoreren. Het Hof stelt vast dat Duitsland Richtlijn 80/987 aldus in nationaal recht heeft omgezet dat de garantieperiode voorafgaat aan de datum waarop de insolventie van de werkgever intreedt. Volgens het Duitse recht is dit de datum is waarop wordt besloten op het verzoek om inleiding van de procedure ter gezamenlijke voldoening van de schuldeisers. Het Hof verwijst naar zijn vaste jurisprudentie en geeft aan dat de insolventie van de werkgever eerder intreedt, namelijk op de datum waarop het verzoek om inleiding van deze procedure is ingediend.<sup>13</sup> Voor Mau betekent dit dat de garantieperiode liep van 27 september tot 26 december 1999 en niet, zoals de Duitse regering heeft opgemerkt, van 23 maart tot en met 22 juni 2000.

Met de vaststelling van het feit dat de door het Duitse recht voorgeschreven wijze van berekening van de garantieperiode niet aan de eisen van het gemeenschapsrecht voldoet, zijn we aanbeland bij het tweede vraagstuk, namelijk de vraag naar de juridische gevolgen hiervan. Het Hof stelt voorop dat de nationale rechter in een dergelijke situatie binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het gemeenschapsrecht dient te verzekeren wanneer hij het hem voorgelegde geschil beslecht. In casu betekent dit dat de nationale rechter het nationale recht zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van Richtlijn 80/987 moet uitleggen. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de nationale rechter het niet mogelijk acht met betrekking tot de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever aan het Duitse recht een uitlegging te geven die met Richtlijn 80/987 in overeenstemming is. De nationale rechter heeft echter een uitweg bedacht waarbij hij het verzoek van Mau zou kunnen toewijzen zonder dat de vraag inzake de eventuele rechtstreekse werking van Richtlijn 80/987 of die van staatsaansprakelijkheid hoeft te worden beantwoord. Deze uitweg is aanwezig indien het begrip arbeidsverhouding in de zin van Richtlijn 80/987 aldus wordt uitgelegd dat dit de perioden uitsluit waarin de arbeidsverhouding wegens een ouderschapsverlof was opgeschort. Bij een dergelijke uitleg van het begrip arbeidsverhouding zou de garantieperiode de drie maanden omvatten die voorafgingen aan 30 december 1999. Het Hof staat deze uitweg toe en stelt dat het begrip arbeidsverhouding aldus moet worden uitgelegd dat perioden die naar hun aard niet tot onvervulde loonaanspraken kunnen leiden, zijn uitgesloten. Een andere uitlegging van dit begrip zou het sociale doel van Richtlijn 80/987, dat bestaat uit het verzekeren van een minimum aan bescherming aan alle werknemers, teniet kunnen doen. Het voorgaande betekent dat ook de perioden van ouderschapsverlof zijn uitgesloten omdat tijdens deze perioden geen enkele bezoldiging is verschuldigd.

Uit het arrest blijkt duidelijk dat de garantieperiode niet bestaat uit perioden van onbetaald ouderschapsverlof. In Nederland bestaat eveneens gedurende het ouderschapsverlof geen recht op behoud van het loon. Voorts is van belang dat de verplichtingen van Richtlijn 80/987 in Nederland zijn omgezet in hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (WW). Wat de doorwerking van dit arrest in Nederland problematisch zou kunnen maken, is dat het Nederlandse ouderschapsverlof in beginsel ten hoogste de helft van de arbeidsduur per week bedraagt.<sup>14</sup> Dit betekent dus dat de werknemer ook gedurende de periode van het ouderschapsverlof loonaanspraken opbouwt. Het is vervolgens de vraag of de garantieperiode ook de periode van het Nederlandse ouderschapsverlof mag omvatten. Het antwoord op deze vraag moet bevestigend luiden indien het feit dat er loonaanspraken worden opgebouwd, doorslaggevend wordt geacht. Er zou echter ook kunnen worden betoogd dat de periode van het Nederlandse ouderschapsverlof niet mee mag tellen omdat er vanwege het onbetaalde ouderschapsverlof een lagere aanspraak op loon ontstaat dan wanneer er geen ouderschapsverlof zou zijn opgenomen. Het meetellen van deze periode zou dan relatief nadelig zijn voor de verlofnemende ouder. Dit nadeel kan op twee manieren worden opgeheven. Ten eerste zou ervoor kunnen worden gekozen om de periode van het ouderschapsverlof niet mee te tellen bij de vaststelling van de garantieperiode. Ten tweede zou het nadeel kunnen worden opgeheven door de garantieperiode te verlengen. Het is echter de vraag of dit fair zou zijn tegenover deeltijdwerkers die vergeleken met voltijdwerkers ook gedurende de garantieperiode minder loonaanspraken kunnen opbouwen. We zullen moeten wachten op een rechterlijke uitspraak voordat duidelijk is of het nadeel inderdaad moet worden opgeheven, en zo ja, op welke manier dit dan zou moeten gebeuren.

*HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-160/01 (Karen Mau/Bundesanstalt für Arbeit)*

## **Zwangerschaps- en bevallingsverlof en sociale zekerheid**

Ook de Centrale Raad van Beroep heeft een aantal interessante uitspraken gedaan inzake het onderwerp 'moeder en kind'. Het gaat hier om vijf zaken met betrekking tot het zwangerschapsverlof en respectievelijk de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), de Werkloosheidswet (WW) en de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ). De vijf zaken hebben allen betrekking op de periode van voor de invoering van de Wet arbeid en zorg.<sup>15</sup> In deze wet is onder meer het recht op uitkering tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof uit de Ziektewet (ZW) en de WAZ gehaald en omgezet in een specifiek recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof. Daarnaast is in de Invoeringswet arbeid en zorg nog bepaald dat de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof niet meer meetelt voor de wachttijd van 52 weken voor de WAO, de WAZ en de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong).<sup>16</sup>

Directe aanleiding voor deze wetswijziging was het arrest *Mary Brown*.<sup>17</sup> Uit dit arrest volgt (onder meer) dat een zwangere vrouw zowel tijdens de periode van het zwangerschapsverlof als tijdens de periode van de zwangerschap die voorafgaat aan het zwangerschapsverlof, niet mag worden ontslagen wegens afwezigheden die het gevolg zijn van uit de zwangerschap voortvloeiende arbeidsongeschiktheid. Een dergelijk ontslag kan volgens het Hof van Justitie alleen vrouwen treffen en vormt dus een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht. De Interdepartementale Commissie Europees Recht heeft naar aanleiding van dit arrest onderzocht of berekening van de wachttijd voor de WAO moet worden aangepast. De Commissie heeft geconcludeerd dat hiertoe geen juridische noodzaak bestaat. Staatssecretaris Verstand heeft echter, mede naar aanleiding van kritische vragen van de Tweede Kamer, alsnog in het wetsvoorstel opgenomen dat de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof voor de wachttijd van de WAO, de WAZ en de Wajong niet langer mee telt.<sup>18</sup>

In de drie WAO-zaken werd ook de CRvB gevraagd of de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof mee mag tellen bij de berekening van de wachttijd van 52 weken voor de WAO. Het ging hier om drie vrouwen die na hun zwangerschapsverlof hun werkzaamheden niet of niet volledig konden hervatten. Twee van de drie vrouwen waren overigens ook niet in staat om te werken in de periode voorafgaande aan het zwangerschapsverlof. Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) heeft bij de berekening van de wachttijd het oude recht toegepast en derhalve de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof meegeteld bij de berekening van de wachttijd voor de WAO. De drie vrouwen hebben ieder voor de rechtbank aangevoerd dat als gevolg van het arrest *Mary Brown* de periode van het zwangerschapsverlof niet als periode van ziekte mag worden aangemerkt. De Rechtbank Rotterdam heeft het beroep op het arrest *Mary Brown* gehonoreerd, terwijl de Rechtbanken Utrecht en Zwolle het beroep hebben verworpen. Bij de CRvB hebben de drie vrouwen hun beroep op het arrest *Mary Brown* herhaald. Het UWV heeft daartegen aangevoerd dat dit arrest geen gevolgen heeft voor de sociale zekerheids sfeer. Voorts heeft het UWV erop gewezen dat het opschuiven van de wachttijd voor de WAO niet voor iedereen voordelig zal zijn. Voor vrouwen die een beroep doen op de WAZ zou het opschuiven van de wachttijd nadelig zijn. Ook zou de andere wijze van berekening van de wachttijd in een aantal gevallen tot verlenging van de loondoorbetalingsverplichting van werkgevers kunnen leiden. De daarmee gepaard gaande lastenverzwaring voor werkgevers zou de arbeidsmarktpositie van vrouwen nadelig kunnen beïnvloeden. Voorts heeft het UWV nog aangevoerd dat uit de toelichting bij de Nota van Wijzigingen op de Invoeringswet Arbeid en Zorg blijkt dat het arrest *Mary Brown* niet noopt tot aanpassing van de regelgeving.<sup>19</sup>

De CRvB kan zich in deze argumenten van het UWV niet vinden. De Raad geeft aan dat het meetellen van de periode van het zwangerschapsverlof voor de wachttijd voor de WAO in beginsel nadelig is voor de verzekerde. De Raad wijst hierbij op het verschil in positie op de arbeidsmarkt tussen WAO-gerechtigden en hen die (nog) geen recht hebben op een WAO-uitkering. Daarnaast kan een eerdere ingangsdatum van de WAO-uitkering een nadelige invloed hebben op de hoogte van het vervolgdragloon en de duur van de loondervingsuitkering. Vervolgens stelt de Raad vast dat als gevolg van de artikelen 19 ZW en 19 WAO, zoals die ten tijde hier van belang luidden, tijdvakken waarin ziekengeld in verband met bevalling wordt toegekend, worden gelijkgesteld met perioden van arbeidsongeschiktheid. Omdat ziekengeld in verband met bevalling uitsluitend aan de vrouwelijke werknemer wordt toegekend, worden alleen vrouwen getroffen door het nadeel dat uit deze gelijkstelling voortvloeit. Er is derhalve sprake van directe discriminatie van vrouwen. Deze discriminatie is verboden op grond van art. 4 lid 1 van de Derde Richtlijn.<sup>20</sup> Deze richtlijn heeft betrekking op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid. Omdat de Derde Richtlijn niet voorziet in een uitzondering op het in art. 4 lid 1 neergelegde beginsel van gelijke behandeling, moet de discriminerende regeling buiten toepassing worden gelaten. Dit betekent dat voor de berekening van de wachttijd voor de WAO niet mag worden meegeteld de periode waarin aanspraak bestaat op ziekengeld krachtens de ZW in verband met bevalling. De Raad geeft nog wel toe dat het arrest *Mary Brown* niet zonder meer te transponeren is naar het sociaal verzekeringsrecht. Dit neemt niet weg dat uit dit arrest en de daarmee verwante jurisprudentie duidelijk blijkt dat het niet werken als gevolg van zwangerschap niet zonder meer gelijk is te stellen met ziekte. In het geval van zwangerschapsgerelateerd verzuim dat is gelegen voor de aanvang van het zwangerschapsverlof mag het niet werken als gevolg van zwangerschap echter wel worden gelijkgesteld met ziekte. Immers, alleen indien sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de ZW bestaat in dat geval aanspraak op ziekengeld. Vrouwen worden dan niet anders of nadeliger behandeld dan iedere andere verzekerde voor de ZW.

Ook in de WW-zaak deed een vrouw een beroep op het arrest *Mary Brown*. Het ging hier om een vrouw die aan het einde van haar zwangerschapsverlof een WW-uitkering heeft aangevraagd. Het UWV heeft besloten dat zij niet voldoet aan de referte-eis. Het UWV heeft bij deze beslissing de periode van het zwangerschapsverlof buiten beschouwing gelaten op grond van art. 17a lid 1 onderdeel a van de WW zoals dit ten tijde hier van belang luidde. De vrouw stelt, onder verwijzing naar het arrest *Mary Brown* dat de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof voor de toepassing van art. 17 van de WW als weken waarin arbeid is verricht, had moeten worden aangemerkt.

De Raad stelt vast dat de artikelen 17 en 17a van de WW, zoals deze ten tijde van belang luidden, inderdaad een verboden directe discriminatie naar geslacht inhielden.<sup>21</sup> De bepalingen hielden er namelijk geen rekening mee dat vrouwen eerder dan mannen niet aan de referte-eis voldeden omdat de vrouwen in de 39 weken voorafgaand aan het intreden van de werkloosheid geen werkzaamheden verrichtten in verband met zwangerschap en bevalling. De Raad is echter van oordeel dat het UWV voor dit probleem een passende oplossing heeft gevonden. Door de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof als een periode van ziekte in de zin van art. 17a lid 1 onderdeel a van de WW aan te merken, heeft het UWV namelijk een situatie gecreëerd waarin niet langer sprake is van een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen. Immers, zowel voor mannen als voor vrouwen wordt zo een periode waarin zij door een buiten hun schuld liggende oorzaak geen arbeid hebben kunnen verrichten, voor de vaststelling van hun recht op uitkering ingevolge de WW buiten beschouwing gelaten. Tot slot merkt de Raad nog op dat noch in het arrest *Mary Brown* noch



in het internationale recht een aanknopingspunt kon worden gevonden voor het standpunt dat de weken waarin in verband met bevalling niet is gewerkt, moeten worden aangemerkt als weken waarin arbeid is verricht.

Wanneer we deze uitspraak vergelijken met de drie WAO-uitspraken, dan lijken deze uitspraken elkaar tegen te spreken. In de WAO- uitspraken geeft de Raad duidelijk aan dat de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof niet zonder meer gelijk is te stellen met ziekte. Echter, in de WW-zaak mocht het UWV deze periode wel gelijk stellen met een periode van ziekte in de zin van art. 17a lid 1 onderdeel a van de WW. Hoe kunnen deze verschillende uitkomsten worden verklaard? Het antwoord op deze vraag hangt samen met de manier waarop de CRvB het gelijkheidsbeginsel invult. De CRvB hanteert een materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel, hetgeen inhoudt dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld in de mate waarin zij verschillen.<sup>22</sup> Voor de reeds besproken zaken betekent dit dat vrouwen als gevolg van het zwangerschapsverlof niet in een nadeliger positie mogen verkeren dan de mannelijke werknemers. Deze invulling van het gelijkheidsbeginsel brengt met zich mee dat het meetellen van de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof voor de wachttijd van de WAO niet is toegestaan, omdat dit nadelig is voor de vrouwelijke verzekerde. Het meetellen van het zwangerschapsgerelateerde verzuim dat is gelegen voor de aanvang van het zwangerschapsverlof is daarentegen wel toegestaan, omdat de vrouwelijke verzekerde dan niet anders of nadeliger wordt behandeld dan de mannelijke verzekerde. In het geval van de WW-zaak is het toegestaan om de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof gelijk te stellen met ziekte, omdat het dan voor vrouwen even moeilijk is als voor mannen om aan de referte-eis te voldoen.

Het feit dat de vrouwelijke verzekerde geen nadeel mag ondervinden van het al dan niet meetellen van de periode van het zwangerschapsverlof, betekent echter niet dat een voordeel dat is voorbehouden aan vrouwen, niet mag worden weggenomen. Dat blijkt uit de WAZ-zaak. Deze zaak heeft betrekking op een vrouw die zowel ingevolge de werknemersverzekeringen als de WAZ verzekerd is. Zij heeft bij het UWV een bevallingsuitkering op grond van art. 22 WAZ aangevraagd.<sup>23</sup> Het UWV heeft besloten dat deze uitkering niet tot uitbetaling kan komen, omdat zij reeds op grond van art. 29a van de ZW een uitkering in verband met bevalling ontvangt die hoger is dan de WAZ-bevallingsuitkering. Het UWV heeft deze beslissing gebaseerd op art. 59 lid 4 van de WAZ.<sup>24</sup> Zowel de Rechtbank Breda als de Raad kunnen zich vinden in deze beslissing. Volgens de Raad bood de bevallingsuitkering op grond van de WAZ een voordeel dat was voorbehouden aan vrouwen. De anti-cumulatie van dit recht met een soortgelijke voorziening in een andere wet, in casu de ZW, kan geen ongunstige behandeling van vrouwen ten opzichte van mannen met zich meebrengen. Ter motivering van dit standpunt verwijst de Raad naar het arrest *Boyle*.<sup>25</sup> Ook in deze zaak ging het (onder andere) om een voordeel dat was voorbehouden aan vrouwen, namelijk de mogelijkheid van onbetaald zwangerschapsverlof. Vrouwen kunnen slechts van deze mogelijkheid gebruik maken onder de voorwaarde dat tijdens het onbetaald verlof geen recht op vakantie wordt opgebouwd. Volgens het Hof van Justitie kan de onderbreking van de opbouw van het recht op vakantie gedurende dit zwangerschapsverlof geen ongunstige behandeling van vrouwen meebrengen, omdat de mogelijkheid van onbetaald zwangerschapsverlof verder gaat dan de in Richtlijn 92/85 voorgeschreven bescherming en omdat deze mogelijkheid voorbehouden is aan vrouwen.<sup>26</sup>

Naast deze verwijzing naar het arrest *Boyle* merkt de Raad ook nog op dat art. 54, vierde lid van de WAZ past binnen het systeem van de WAZ en dat het beroep van betrokkene op art. 11 van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (ook wel het Vrouwenverdrag genoemd) niet kan slagen, omdat dit artikel slechts een

instructienorm bevat en geen rechtstreekse werking heeft. Ook overigens is de Raad geen andere bepaling van internationaal recht bekend die tot het oordeel zou moeten leiden dat de hier aan de orde zijnde regeling aan zwangere vrouwen een onvoldoende inkomensvoorziening bood.

Met deze uitspraak heeft de Raad niet beslist zoals Cremers-Hartman en Monster hadden verwacht. Zij hadden naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Breda in deze zaak een uitgebreid artikel voor de SMA van januari 2001 geschreven.<sup>27</sup> In dit artikel concluderen zij dat de anti-cumulatieregeling van art. 54 lid 4 WAZ buiten toepassing zou moeten blijven wegens strijd met het Vrouwenverdrag en de vijfde EG-gelijke behandelingsrichtlijn.<sup>28</sup>

CRvB 6 juni 2003, 00/5315 WAO

CRvB 6 juni 2003, 01/1842 WAO

CRvB 6 juni 2003, 00/2504 WAO

CRvB 25 april 2003, 00/5884 WW

CRvB 25 april 2003, 00/3437 WAZ

### 3. Grensoverschrijdende zorg

#### **Het vereiste van voorafgaande toestemming bij intra- en extramurale zorg**

De problematiek rond de vergoeding van kosten in grensoverschrijdende zorg is meer dan eens voorgelegd aan het Hof van Justitie. In de arresten *Kohll* en *Decker* betrof het Luxemburgers aangesloten bij de Luxemburgse sociale zekerheid, aan wie terugbetaling werd geweigerd voor medische prestaties in een andere lidstaat door het ontbreken van voorafgaande toestemming (*Kohll*) of bij toestemming door ontbreken van een dringende behandeling (*Decker*).<sup>29</sup> Het Hof oordeelde dat de vrijheid die de lidstaten hebben om hun socialezekerheidssysteem in te richten niet wegneemt dat de principes van vrij verkeer gerespecteerd dienen te worden. Het toestemmingsvereiste vooraf van kleine medische behandelingen in het buitenland werd afgewezen. Voorts moest de te ontvangen vergoeding de vergoeding zijn, die in eigen land zou zijn ontvangen. Het Hof heeft hier de mogelijkheid van vergoeding van kosten voor grensoverschrijdende medische zorg verruimd. In de zaak *Peerbooms/Smits* is een poging gedaan de grenzen van het mogelijke verder op te rekken, maar deze poging is gestrand.<sup>30</sup> Het betrof Nederlandse ziekenfondsverzekerden die een experimentele behandeling ondergingen in het buitenland. De vraag kwam aan de orde of een toestemmingsvereiste kon worden gehandhaafd voor deze intramurale behandelingen. Het Nederlandse ziekenfonds weigerde in beide gevallen de kosten te vergoeden omdat er geen medische noodzaak was de patiënten in het buitenland te behandelen en een adequate, onder beroepsgenoten gebruikelijke, behandeling in Nederland voorhanden was bij een door het ziekenfonds gecontracteerde zorgverstrekker. Het Hof definieerde deze voorwaarden als volgt: hetgeen gebruikelijk is onder beroepsgenoten moet worden beoordeeld aan de hand van het wetenschappelijk inzicht op internationaal niveau. En de toestemming mag alleen worden geweigerd wanneer dezelfde behandeling kan worden uitgevoerd door een instelling waarmee een ziekenfonds heeft gecontracteerd.

De onderhavige arresten *Müller-Fauré* en *Van Riet* geven een nadere uitwerking van deze problematiek. *Müller-Fauré* heeft tijdens een vakantie in Duitsland een tandheelkundige behandeling ondergaan, bestaande uit de plaatsing van kronen en een frame-prothese. Het ziekenfonds in Zwijndrecht weigert de behandeling te vergoeden op de grond dat deze niet spoedeisend was. *Van Riet* had reeds lange tijd last van pijn in de rechterpols. Toestemming voor een behandeling in België, waar de behandeling sneller kon worden uitgevoerd dan in Nederland, werd geweigerd door het ziekenfonds, omdat de ingreep ook in Nederland zou

kunnen worden uitgevoerd. Het Hof overwoog dat de argumenten die in casu ter rechtvaardiging van het vereiste van voorafgaande toestemming naar voren waren gebracht, erop neer kwamen dat indien patiënten zich in een andere dan hun lidstaat van inschrijving zouden mogen laten behandelen zonder daar voorafgaande toestemming voor te hebben, de bevoegde lidstaat op zijn grondgebied niet langer een kwalitatief goede, evenwichtige en voor ieder toegankelijke intra- en extramurale zorgverlening, en dus een hoog niveau van gezondheidsbescherming, kon garanderen. Het Hof oordeelde dat het EG-recht zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, die enerzijds de vergoeding van intramurale zorg in een buitenlands ziekenhuis afhankelijk stelt van voorafgaande toestemming van het ziekenfonds - indien met deze buitenlandse zorgverlener geen overeenkomst met het betreffende ziekenfonds is gesloten - en anderzijds als voorwaarde stelt dat deze behandeling voor de medische behandeling van de verzekerde vereist is. De toestemming mag alleen geweigerd worden wanneer bij een instelling waarmee het ziekenfonds wel een overeenkomst heeft gesloten, tijdig een gelijksoortige behandeling kan worden verkregen. Het EG-recht verzet zich echter wel tegen het vereiste van voorafgaande toestemming indien het gaat om buitenlandse extramurale zorg. In dit geval mag vergoeding van kosten niet geweigerd worden bij de afwezigheid van een overeenkomst tussen ziekenfonds en buitenlandse zorgverlener, ook al kent de nationale wetgeving een regeling van verstrekkingen in natura volgens welke de verzekerden geen recht hebben op vergoeding van de kosten die zij voor medische verzorging hebben gemaakt, maar op de verzorging zelf, die kosteloos wordt verleend. Hiermee is de scheidslijn tussen intramurale zorg en extramurale zorg scherp getrokken. Deze uitwerking van het toestemmingsvereiste wijst op voorrang van gecontracteerde, en dus in de praktijk vrijwel steeds Nederlandse, medische hulpverleners boven zorgverleners in andere lidstaten. Deze kwestie raakt het mededingingsrecht, waar uitgebreide discussie over bestaat, die (helaas) te ver voert voor deze rubriek.

*HvJ EG 13 mei 2003, zaak C-385/99 (V.G. Müller-Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA en E.E.M. van Riet/ Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA)*

### **Zorg voor pensioengerechtigden**

Ook de medische zorg voor pensioengerechtigden, woonachtig in een andere lidstaat dan de lidstaat van herkomst, is voorgelegd aan het Hof van Justitie. In de zaak *Van der Duin* was betrokkene van Nederland naar Frankrijk verhuisd en had zich ingeschreven bij een Frans ziekenfonds met behoud van een WAO-uitkering uit Nederland. In geschil was de vergoeding van een medische behandeling in Nederland, hetgeen in dit geval niet de woonstaat is. In dit laatste aspect school de problematiek van de onderhavige procedure. Verordening 1408/71 bevat namelijk bepalingen die het mogelijk maken dat uitkeringsgerechtigden die in een andere lidstaat wonen dan de lidstaat die de uitkering verschuldigd is, in aanmerking komen voor medische zorg in het woonland ten laste van de ziektekostenverzekering van het uitkeringsland. In dit geval werd de zorg echter niet genoten in woonland Frankrijk, maar juist weer in Nederland. De vraag is of in een dergelijke situatie de normale regels van art. 22 Vo. 1408/71 met betrekking tot de voorwaarden waaronder een persoon buiten de bevoegde lidstaat medische zorg kan krijgen, van toepassing zijn. Deze voorwaarden bepalen onder meer dat personen die zich naar een andere lidstaat begeven teneinde daar een behandeling te ondergaan toestemming nodig hebben van het bevoegde orgaan. In casu was een dergelijke toestemming niet gegeven nog door het Nederlandse, noch door het Franse verzekeringsorgaan. Het Hof oordeelt dat art. 22 ook op een situatie als de onderhavige van toepassing is. In concreto komt dit erop neer dat het toestemmingsvereiste ook geldt als een uitkeringsgerechtigde die woont in een andere lidstaat dan de lidstaat die deze uitkering

verschuldigd is, weer terugkeert naar dit laatste land om daar een medische behandeling te ondergaan. Het is volgens het Hof in een dergelijke situatie aan het orgaan van de woonplaats om toestemming te verlenen, mede omdat dit orgaan het best in staat is om concreet na te gaan of voldaan is aan de voorwaarden voor het verlenen van deze voorafgaande toestemming.

*HvJ EG 3 juli 2003, zaak C-156/01 (R.P. van der Duin/Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA en T.W. van Wegberg-van Brederode/Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA)*

#### **Burger in de klem tussen zorgverzekeraars.**

De uitwerking van grensoverschrijdende zorg kan leiden tot vreemde situaties, zoals in de zaak *IKA*. Tussen een Griekse uitkeringsinstantie (Idryma Koinonikon Asfaliseon, hierna: IKA) en een gepensioneerde, in Griekenland woonachtig en van Griekse nationaliteit, ontstond een geschil over de vergoeding van de kosten, van een in Duitsland ondergane medische behandeling. Betrokkene stelde dat de (hartkatheter-) behandeling spoedeisend was geweest, terwijl het IKA toestemming achteraf weigerde voor de ingreep, op de grond dat het een chronische aandoening betrof, welke ook op een later tijdstip in Griekenland zelf had kunnen plaatsvinden. Er volgde een getouwtrek tussen de ziekenkas in Duitsland en het Griekse IKA over de vraag voor wiens rekening de behandeling kwam. De vraag was of artikel 22 dan wel artikel 31 Vo. 1408/71 van toepassing verklaard kon worden. Uit rechtspraak van het Hof volgt dat artikel 22 lid 1 onder c de regeling bevat van het recht op verstrekkingen in natura van een in een lidstaat woonachtige pensioentrekker die het bevoegde orgaan toestemming vraagt om zich naar het grondgebied van een andere lidstaat te begeven teneinde aldaar een voor zijn gezondheidstoestand passende behandeling te ondergaan. Artikel 31 Vo. 1408/71 bevat de regeling van het recht van die categorie van sociaalverzekerden op verstrekkingen in natura, wanneer die noodzakelijk worden gedurende een verblijf in een andere lidstaat dan die waarin zij wonen. Het Hof oordeelde dat, nu het om een gepensioneerde ging, artikel 31 Vo. 1408/71 kon worden toegepast, waarin de verlening van prestaties in natura gegarandeerd wordt aan pensioentrekkers die in een andere lidstaat dan hun woonstaat verblijven. De vergoeding van de kosten mag in een dergelijk geval noch afhankelijk gesteld worden van een toestemmingsprocedure, noch van het vereiste dat de aandoening die de behandeling noodzakelijk maakte plotseling is ingetreden tijdens het verblijf. Het Duitse orgaan had in casu gevraagd om een verklaring van IKA waaruit de voorafgaande toestemming van dit orgaan blijkt om de medische behandeling in Duitsland te ondergaan. Het Hof was hier niet over te spreken: “Een dergelijke houding komt neer op een weigering om artikel 31 van Vo. 1408/71 toe te passen”.<sup>31</sup>

*HvJ EG 25 februari 2003, zaak C-326/00 (Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)/Vasileios Ioannidis)*

#### **4. Nationale jurisprudentie**

##### **Toetsing ANW aan ILO-Conventie nr. 128**

In 1996 oordeelde de CRvB in de zogenaamde *kraamzorguitspraak* dat ILO-normverdragen onder omstandigheden rechtstreeks kunnen werken.<sup>32</sup> In zijn uitspraak van 24 januari 2001 bepaalde CRvB echter dat in zijn algemeenheid toetsing van de hoogte van de uitkering ingevolge de Algemene nabestaandenwet (ANW) aan de normverdragen van de ‘International Labour Organisation’ (ILO), in het bijzonder nr. 121 inzake arbeidsongevallen en beroepsziekten en nr. 128 inzake invaliditeit, ouderdom en nagelaten betrekkingen, in verband met het instructiekarakter van deze verdragen niet mogelijk is.<sup>33</sup> Volgens de Raad staan aan deze toetsing telkens één of meer van de volgende factoren in de weg: de onvoldoende

concrete dan wel facultatieve normering van het uitkeringsniveau; de mogelijkheid – dan wel de onduidelijkheid daaromtrent – van de aftrek van inkomsten c.q. van de schorsing of intrekking van de uitkering bij aanwezigheid van ander inkomen; het overlaten aan de nationale wetgevingen van de definiëring van centrale begrippen als “weduwe” en “kostwinner”; en ten slotte in algemene zin het instructie-karakter van de verdragen dat doorgaans in de weg zal staan aan de mogelijkheid van het inroepen van een rechtens afdwingbare aanspraak op een concrete prestatie in een individueel geval.

In de onderhavige uitspraak van 4 april 2002 gaat het om een ANW-gerechtigde die niet onder het verzachte regime van de middelentoets valt dat voor oud-gerechtigden van de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) in het leven is geroepen. Dit regime houdt in dat een aanzienlijk deel van de inkomsten in verband met arbeid buiten beschouwing wordt gelaten. De betrokkene was een “nieuw ANW-gerechtigde”, hetgeen betekende dat de middelentoets van de ANW in volle omvang op haar uitkering werd toegepast. In concreto had dit tot gevolg dat haar wachtgelduitkering volledig op de ANW-uitkering in mindering werd gebracht. De Rechtbank ’s-Hertogenbosch had geoordeeld dat dit volledig korten binnen het raamwerk van de bepalingen van ILO-Conventie nr. 128 niet mogelijk is. Pikant is dat het Internationaal Arbeidsbureau van de ILO in antwoord op een informatieverzoek van de CRvB een standpunt had ingenomen dat overeen kwam met het oordeel van de rechtbank.<sup>34</sup> De Raad erkent dat de bepalingen van het ILO-Conventie nr. 128 waarop een beroep was gedaan in dit geval voldoende duidelijk geacht kunnen worden. Maar hieruit wordt nog niet de conclusie getrokken dat sprake is van een ieder verbindende bepalingen in de zin van artikelen 93 en 94 van de Grondwet. In zijn motivering verwijst de Raad onder meer naar een opmerking van het Comité van Deskundigen van de ILO in 1989 waaruit kan worden afgeleid dat het er bij de relevante bepalingen om te doen is dat een staat een adequaat collectief beschermingsniveau in stand houdt, zonder daarbij acht te slaan op datgene wat in het individuele geval tot uitbetaling komt.<sup>35</sup> Op deze wijze lijkt de CRvB het brede perspectief dat besloten ligt in de opvattingen van het ILO-Deskundigencomité hoger aan te slaan dan het oordeel van het Internationaal Arbeidsbureau. Gegeven de positie van deze organen in het constitutionele bestel van de ILO is dat niet onbegrijpelijk. Het Deskundigencomité is immers in het leven geroepen als officieel toezichthoudend orgaan van de normverdragen, terwijl het Internationaal Arbeidsbureau “slechts” het permanente secretariaat van de organisatie vormt. De uitspraak illustreert overigens tevens dat de poort van het rechtstreeks werkend vermogen van ILO-normverdragen die was geopend in het genoemde Kraamzorgarrest, niet wagenwijd open staat.

*CRvB 4 april 2003, 99/4861 ANW*

### **De wet BEU en ILO-Conventie nr. 118**

In gevolge de wet Beperking Export Uitkeringen (wet BEU) kunnen Nederlandse uitkeringen niet worden geëxporteerd, tenzij sprake is van een internationale verdragsverplichting. Verdragsverplichtingen worden slechts aangegaan voor zover de verdragspartner bereid is zogenaamde handhavingsovereenkomsten af te sluiten waarin toezeggingen worden gedaan om mee te werken aan verificatie- en onderzoeksinspanningen ten behoeve van de rechtmatigheid van de Nederlandse uitkeringen. Sinds 1998, het jaar de wet BEU in werking is getreden, wordt door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) in een koortsachtig tempo over de wereld gereisd om met zoveel mogelijk landen tot handavingsafspraken te komen. Een groot aantal verdragen is tot stand gekomen of zit in de pijplijn. Er wordt door de Minister van SZW een lijst bijgehouden waarop de landen zijn opgenomen waarheen export van uitkeringen mogelijk is.<sup>36</sup> Er zijn momenteel nog 70 landen over die niet op deze lijst opgenomen zijn.

In de onderhavige gevoegde procedures gaat het om de exportabiliteit van de Toeslagenwet. De Minister van SZW heeft als beleid dat deze wet niet aan een exportverplichting onderhevig mag worden gemaakt, ook als het gaat om landen waarmee handhavingsovereenkomsten kunnen worden afgesloten. Om die reden had de Minister van SZW in 2002 de Toeslagenwet als uitkering van niet-contributieve aard op een bijlage laten plaatsen van uitkeringen die van de exportbepaling van het Europees Verdrag inzake sociale zekerheid uitgezonderd worden. De plaatsing op de bijlage geschiedde met terugwerkende kracht tot en met 1 januari 2000.

In de procedure speelt de vraag of het beëindigen van de uitkeringen op grond van de Toeslagenwet aan een tiental in Turkije woonachtige gerechtigden in overeenstemming is met het Europees Verdrag inzake sociale zekerheid, alsmede met ILO-conventie nr. 118 inzake de gelijkheid van behandeling in de sociale zekerheid.

Wat betreft het Europees Verdrag komt de CRvB tot conclusie dat de plaatsing van de Toeslagenwet op de bijlage rechtsgeldig is geschied en derhalve de exportverplichting van dit verdrag buiten werking is gesteld. Dat de plaatsing van de Toeslagenwet geschiedde met terugwerkende kracht deed hieraan geen afbreuk, aangezien art. 120 van de Grondwet een verbod inhoudt om bepalingen van formele wetgeving (dus ook die van de wet BEU) te toetsen aan algemene rechtsbeginselen, waaronder het beginsel van rechtszekerheid.

De heel bijzondere aap kwam echter uit de mouw van de Centrale Raad van Beroep bij de bespreking van het beroep op ILO-Conventie nr. 118. Dit verdrag blijkt eveneens een exportbepaling te bevatten in de vorm van art. 5. Deze verplichting was evenwel in de parlementaire voorbereiding van de wet BEU onopgemerkt gebleven. De Raad merkt op dat “ILO-Conventie nr. 118 het karakter draagt van een enigszins rudimentair coördinatieverdrag en dat het karakter van de conventie zich er derhalve in algemene zin niet tegen verzet, een of meer bepalingen van deze conventie te beschouwen als een ieder verbindende bepalingen in de zin van artikelen 93 en 94 van de Grondwet”. Met andere woorden: de normale terughoudendheid die moet worden betracht bij het aanvaarden van het een ieder verbindende karakter bepalingen van ILO-normverdragen die in de vorige uitspraak aan de orde kwam, geldt niet voor Conventie nr. 118. Deze conventie draagt als coördinatieverdrag een ander karakter dan de verdragen die minimumnormen bevatten voor de inrichting van het socialezekerheidsstelsel en de bepalingen ervan lenen zich naar hun aard veel beter voor rechtstreekse werking.<sup>37</sup> De Raad verwijst voorts naar de eerder geuite opvatting van het Comité van Deskundigen dat art. 5 niet afhankelijk is van het sluiten van nadere overeenkomsten.<sup>38</sup> Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de conventie kan de Raad niet afleiden dat is beoogd de partijen de vrijheid te geven de export van uitkeringen nader te beperken of de verplichting bij nadere overeenkomst te beperken door bepaalde uitkeringen hiervan uit te sluiten. De exportverplichting van art. 5 ILO-Conventie nr. 118 heeft onder meer betrekking op invaliditeitsuitkeringen. De Raad merkt de Toeslagenwet aan als een accessoire uitkering ten opzichte van de WAO en aldus staat art. 5 aan de beëindiging van de Toeslagen in de weg.

De uitspraak van de Centrale Raad kan verstrekkende gevolgen hebben voor het voortbestaan van de wet BEU. Het verdrag is wereldwijd geratificeerd door een groot aantal landen, juist van het type land waarmee Nederland niet snel verdragsrelaties zal aangaan (onder meer Pakistan, Bangladesh, Kongo, Libië en zelfs Irak). Bovendien blijkt uit art. 5 dat Nederland aan zijn eigen onderdanen wereldwijd export moet garanderen. Hetzelfde geldt voor

onderdanen van andere landen die de verplichtingen van de conventie voor dezelfde tak geratificeerd hebben. De Minister van SZW heeft inmiddels een opzeggingsinitiatief voor ILO-Conventie nr. 118 aangekondigd, maar of dit de instemming van het Parlement zal wegdragen, moet nog maar worden afgewacht.<sup>39</sup> Veel andere initiatieven tot opzegging van ILO-Conventies strandden in de Tweede Kamer.

Recentelijk heeft de CRvB in twee andere procedures de beëindiging van de export van toeslagen op grond van de Toeslagenwet ook al in strijd verklaard met de bilaterale socialezekerheidsverdragen met de VS en Marokko.<sup>40</sup> Pogingen om de Toeslagenwet via de toelichtingen en nadere protocollen van deze verdragen uit te sluiten, werden niet geaccepteerd. De Centrale Raad van Beroep laat tot dusver van de wet BEU geen spaander heel.

*CRvB 14 maart 2003, 02/1308; 02/1309; 02/1818; 02/1300; 02/1289; 02/1371; 02/1369; 01/5837; 02/4745; 01/5572 TW*

### **De Hoge Raad en de detachingskwestie**

De Hoge Raad heeft op 11 juli 2003 een arrest gewezen dat veel aandacht heeft gekregen in de pers. Ook al was het komkommertijd, een opmerkelijk arrest is het wel. Betrokkene, woonachtig in Nederland, wordt vanaf april 1995 voor een periode van een jaar gedetacheerd door zijn in Nederland gevestigde werkgeefster naar Duitsland. Hiervoor is een detachingsverklaring afgegeven ingevolge art. 14 lid 1 onder a Vo. 1408/71. In mei 1995 verhuist betrokkene naar Duitsland. In geding is of betrokkene gedurende het gehele jaar 1995 verzekerd was voor de Nederlandse volksverzekeringen. De Hoge Raad overweegt dat door de verhuizing van betrokkene naar Duitsland het aangrijpingspunt voor het blijven onderwerpen van betrokkene aan de Nederlandse socialezekerheidswetgeving verloren is gegaan, zodat sindsdien geen sprake is van het van toepassing zijn van meerdere nationale wettelijke regelingen, op het voorkomen waarvan titel II van de verordening is gericht. De Hoge Raad is van oordeel dat betrokkene vanaf het moment van zijn verhuizing naar Duitsland niet meer in Nederland was verzekerd voor de volksverzekeringen, zodat voor de berekening van het premie-inkomen slechts acht kan worden geslagen op de opbrengst van de werkzaamheden die betrokkene in 1995 heeft verricht tot het moment van zijn verhuizing.

Door de eis te stellen dat een gedetacheerde werknemer in de zin van de verordening in Nederland zijn woonplaats moet behouden wordt een geheel nieuwe interpretatie aan het detachingsleerstuk van Vo. 1408/71 gewezen. Ter nadere uitleg van art. 14 lid 1 onder a Vo. 1408/71 heeft de Brusselse Administratieve Commissie een besluit genomen waarin de voorwaarden van deze bepaling verder worden verduidelijkt en uitgewerkt.<sup>41</sup> Noch art. 14 lid 2 onder a, noch het besluit van de Administratieve Commissie bevat een verwijzing naar het feit dat men in het uitzendende land moet blijven wonen. De vraag rijst ook of de Hoge Raad niet voorbij is gegaan aan de in 1998 in werking getreden Wet Verduidelijking Verzekeringsplicht en Premieplicht waarbij een bepaling in de socialeverzekeringswetten is opgenomen op grond waarvan iemand als verzekerde wordt aangemerkt wanneer de verzekering op grond van de betreffende wet voortvloeit uit de toepassing van bepalingen van een verdrag of van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie.<sup>42</sup> In casu vloeiende de verzekering toch voort uit de verordening? Het arrest is door de Hoge Raad ambtshalve gewezen. En er is geen conclusie van de Adocaat-Generaal gevraagd. Naar ons oordeel ware het beter geweest als de HR zijn opvattingen tegen het licht had gehouden van de opvattingen van het Hof van Justitie EG via een prejudiciële verwijzing.

*HR 11 juli 2003, 37.446*

## **Prejudiciële vragen Rechtbank Amsterdam**

De Rechtbank Amsterdam heeft aan het Hof van Justitie een aantal vragen gesteld die betrekking hebben op de afschaffing van de volksverzekeringsplicht van personen met een langlopende Nederlandse socialeverzekeringsuitkering die in het buitenland woonachtig zijn. Deze afschaffing is per 1 januari 2000 van kracht is geworden.<sup>43</sup> Kort gezegd komt de problematiek erop neer dat de afschaffing van deze verzekeringsplicht wel is doorgevoerd voor de Algemene Ouderdomswet (AOW), Algemene nabestaandenwet en Algemene Kinderbijslagwet, doch niet voor de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en de werknemersverzekeringen. Nationaalrechtelijk gesproken zal een post-actieve in het buitenland dus slechts voor een deel bij de Nederlandse sociale verzekering aangesloten zijn. In verband hiermee rijst de vraag of de bijzondere aanwijsregel voor post-actieven zoals vervat in art. 13 lid 2 onder f Vo. 1408/71 zich verzet tegen een dergelijke halve aansluiting en of het hierbij nog uitmaakt dat een post-actieve in het buitenland zich wel vrijwillig voor de AOW en/of de ANW kan verzekeren. De vragen zijn als volgt geformuleerd.

1. Verzet art. 13 lid 2 onder f van Vo 1408/71 zich tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke een persoon die iedere beroepswerkzaamheid op zijn grondgebied heeft stopgezet, slechts op grond van die regeling verzekerd blijft indien hij aldaar zijn woonplaats behoudt, terwijl die persoon ingevolge de wetgeving van deze lidstaat voor bepaalde andere takken van sociale zekerheid verplicht verzekerd blijft ongeacht zijn woonplaats?

2. Is het voor de beantwoording van de eerste vraag van belang dat ingevolge de wettelijke regeling van deze lidstaat ten behoeve van deze persoon de mogelijkheid bestaat van vrijwillige verzekering voor een aantal takken van sociale zekerheid, zonder dat deze vrijwillige verzekering is gebonden aan de voorwaarde dat hij in die lidstaat zijn woonplaats behoudt?

Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, wordt subsidiair de volgende vraag voorgelegd:

3. Moet in een situatie als hiervoor beschreven art. 39 EG zo worden uitgelegd, dat daarmee onverenigbaar is de vervanging van een verplichte verzekering door een vrijwillige verzekering, indien de beëindiging van de verplichte verzekering haar oorzaak vindt in de introductie van een wooneis?

*Rechtbank Amsterdam, tussenuitspraak van 21 mei 2003, AWB 00/5064 AOW*

Prof. dr. G.J. Vonk is hoofd van de afdeling Recht en Beleid van de Sociale Verzekeringsbank. Mevr. mr. drs. M. van Everdingen en mevr. mr. drs. M. Ydema-Gutjahr zijn juridisch adviseur bij de afdeling Recht en Beleid van de Sociale Verzekeringsbank.

---

<sup>1</sup> Richtlijn 90/366/EEG van de Raad van 13 juli 1990, PbEG 1990 L180/26.

<sup>2</sup> HvJ EG 12 september 1996, zaak C-278/94, Jur. 1996, p. I-4307 (Commissie/België).

<sup>3</sup> HvJ EG 20 september 2001, zaak C-184/99, Jur. 2001, p. I-6193 (Grzelczyk, RSV 2002/228).

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 26 januari 1999, zaak C-18/95, Jur. 1999, p. I-00375 (Terhoeve, RSV 1999/121), HvJ EG 21 september 2000, zaak C-124/99, Recueil 2000, p. I-7293 (Borawitz, RSV 2001/37 en USZ 2000/282) en HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, Jur. (Angonese NJ 2000/710).

<sup>5</sup> Het is bijvoorbeeld nog niet zo lang geleden dat het Hof van Justitie in het arrest Esmoris de toegang tot het discriminatieverbod van een WAO'er in Spanje tot art. 7 lid 2 Vo. 1612/68 ontzegde omdat zij als post-actieve in een ander land dan het voormalige gastland buiten de personele werkingssfeer van deze bepaling viel, zonder dat nader de implicaties van het Europese burgerschap werden onderzocht. HvJ EG 20 maart 2001, zaak C-33/99, Jur. 2001, p. I-02415 (Fahmi en Esmoris Cerdeiro, RSV 2002/93).

<sup>6</sup> HvJ EG 16 juli 1992, zaak C-78/91, Jur. 1992, p. I-4839 (Hughes, RSV 1993/13); HvJ EG 15 maart 2001, zaak D- 85/99, Jur. 2001, p. I-2261 (Offermanns).

<sup>7</sup> TK 2002-2003, 28447, nr. 6 en 10.

<sup>8</sup> TK 2002-2003, 28447, nr. 2, p. 2.



---

<sup>9</sup> Wij zijn er hierbij vanuitgegaan dat de tegemoetkoming zonder individuele en discretionaire beoordeling van de persoonlijke behoeften aan de rechthebbenden wordt toegekend.

<sup>10</sup> Zie art. 5, derde lid, van het Wetsvoorstel basisvoorziening kinderopvang.

<sup>11</sup> Voor de volledigheid moet hierbij worden vermeld dat volgens de uitspraak van de Hoge Raad van 11 juli 2003, die elders in deze jurisprudentierubriek wordt besproken, detachering niet langer mogelijk is indien de betrokkene niet (langer) in Nederland woont.

<sup>12</sup> Art. 46 van het Wetsvoorstel basisvoorziening kinderopvang.

<sup>13</sup> HvJ EG 10 juli 1997, zaken C-94/95 en C- 95/95, Jur. 1997, p. I-03969 (Bonifaci e.a. en Berto e.a.) rechtsoverwegingen 42 en 44, HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-373/95, Jur. 1997, p. I-04051 (Maso e.a.), rechtsoverwegingen 52 en 54.

<sup>14</sup> Art. 6:2 lid 3 Wet arbeid en zorg.

<sup>15</sup> Stb. 2001, 567.

<sup>16</sup> Stb. 2001, 568.

<sup>17</sup> HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96, Jur. 1998, p. I-04185 (Brown, RSV 1990/114).

<sup>18</sup> TK 2000-2001, 27208, nr. 5, p. 9 en TK 1998-1999, 26206, nr. 16, p. 1-2.

<sup>19</sup> TK 27208, 2000-2001, nr. 5, p. 9.

<sup>20</sup> Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978, PbEG 1979 L006, p. 0024-0025.

<sup>21</sup> Voor de volledigheid kan nog worden opgemerkt dat ook art. 17a, eerste lid van de WW bij de Invoeringswet arbeid en zorg is gewijzigd. In dit artikel is nu expliciet bepaald dat de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof niet wordt meegeteld bij de vaststelling van de voor de referte-eis relevante weken. door de invoering van deze bepaling is het directe onderscheid naar geslacht weggenomen.

<sup>22</sup> E. Cremers-Hartman en W.C. Monster, “(G)een WAZ-bevallingsuitkering voor meewerkende echtgenote”, SMA 2001, p. 54.

<sup>23</sup> Dit artikel is inmiddels vervallen. Art. 3:19 van de Wet arbeid en zorg bevat een soortgelijke bepaling.

<sup>24</sup> Ook dit artikel is inmiddels vervallen. Art. 3:29, tweede lid, van de Wet arbeid en zorg bevat een soortgelijke bepaling.

<sup>25</sup> HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-411/96, Jur. 1998, p. I-06401 (Boyle e.a. NJ 1999/518).

<sup>26</sup> Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992, PbEG 1992, L 348, p. 0001-0008.

<sup>27</sup> E. Cremers-Hartman en W.C. Monster, “(G)een WAZ-bevallingsuitkering voor meewerkende echtgenote”, SMA 2001, p. 51-61.

<sup>28</sup> Richtlijn 86/613/EEG van de Raad van 11 december 1986, PbEG 1986, L 359, p. 56.

<sup>29</sup> HvJ EG 28 april 1998, zaak C-120/95, Jur. 1998, p. I-1831 (Decker, NJ 1999/191) en HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, Jur. 1998, p. I-1931 (Kohl, NJ 1999/191).

<sup>30</sup> HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99, Jur. 2001, p. I-5473 (Peerbooms/Smits, USZ 2001/216).

<sup>31</sup> Zie rechtsoverweging 49 van het onderhavige arrest.

<sup>32</sup> CRvB 29 mei 1996, (Kraamzorguitspraak, RSV 1997/9).

<sup>33</sup> CRvB 24 januari 2001, (99/1770 Anw en 99/2072 Anw, RSV 2001/138).

<sup>34</sup> Brief van het Internationaal Arbeidsbureau van 17 augustus 2001.

<sup>35</sup> *Social Security Protection in Old-Age: General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Conference, 76th Session, 1989, International Labour Office, Geneva, p. 65-66.

<sup>36</sup> Zie de bekendmaking op grond van de Wet beperking export uitkeringen van 27 maart 2003, Stcrt. 2003, 64.

<sup>37</sup> Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, Alphen aan den Rijn: Samson H. D. Tjeenk Willink 1985, p. 22.

<sup>38</sup> Rapport “Equality of treatment (Social Security)”, International Labour Conference 63rd Session 1977, p. 52.

<sup>39</sup> Persbericht van het Ministerie van SZW van 29 september 2003 “Kabinet wil internationaal verdrag sociale zekerheid opzeggen”, nr. 03/031.

<sup>40</sup> CRvB 24 september 2003, 02/2072 en 02/2183 WAO; CRvB 24 september 2003, 01/5573, 01/5569, 02/1831, 02/1578, 02/1815, 02/972 TW.

<sup>41</sup> Besluit 162 van 31 mei 1996 betreffende de uitlegging van artikel 14, lid 1 en van artikel 14 ter, lid 1, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad betreffende de wetgeving die van toepassing is op gedetacheerde werknemers.

<sup>42</sup> Zie bijvoorbeeld art. 6a AOW dat bepaalt dat als verzekerde wordt aangemerkt de persoon van wie de verzekering op grond van deze wet voortvloeit uit een internationale regeling.

<sup>43</sup> Bij Besluit uitbreiding en beperking kring van verzekerden volksverzekeringen 1999, Stb. 1998, 746.